

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/74087>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

## MEDEDINGING

Rechtspraak

## Zelfregulering door de vrijeberoepssector en het mededingingsrecht: enige argumenten vóór een algemeen belang *rule of reason*

Mr. J.C.A. Houdijk

**D**e toepassing van het mededingingsrecht ten aanzien van vrijeberoepsregels levert interessante vragen op over de reikwijdte van het rechtsgebied en de wijze waarop het omgaat met niet-mededingingsbelangen van het vrije beroep. Het fenomeen van de 'rule of reason' blijft in dit kader ook niet onbesproken. Vraag is of een dergelijke redelijkheidsregel nu wel of niet een plaats heeft in het Europese mededingingsrecht. In de literatuur vindt men de stelling terug dat een 'rule of reason' niet bestaat (c.q. geen bestaansrecht heeft) binnen het mededingingsrecht. In haar artikel in *NTER* 2007, p. 153 werkt mevr. Loozen haar standpunt ten aanzien van dit onderwerp nader uit. Deze bijdrage bevat enige argumenten voor de stelling dat de 'rule of reason' (of een enigszins aangeklede 'leer van de inherente beperkingen') juist wél een belangrijke functie kan hebben bij de toepassing van het kartelverbod ten aanzien van niet-mededingingsbelangen zoals beroepsdeontologie – en dit zónder afbreuk te doen aan de grondslagen van het mededingingsrecht zelf.

### Onderzoeksvragen

In haar interessante bijdrage in het septembernummer van *NTER*<sup>1</sup> behandelt Edith Loozen de vraag of het EG-kartelverbod al dan niet een algemeen belang *rule of reason* kent, en of het algemeen belang van een effectieve mededinging in het kader van artikel 81 EG-Verdrag dient te worden afgewogen tegen andere algemene belangen als het gaat om zelfregulering door en voor de vrije beroepen.<sup>2</sup> De eerste vraag is analytisch van aard, de tweede normatief. Mevr. Loozen geeft als antwoord op haar eerste vraag dat het kartelverbod geen 'rule of reason' kent. Het antwoord op de tweede (normatieve) vraag is minder goed terug te vinden in haar bijdrage.<sup>3</sup>

De twee vragen zijn lastig gescheiden te behandelen én te beantwoorden. Dit heeft te maken met het feit dat het bestaan van een maatschappelijke 'rule of reason' binnen het mededingingsrecht nooit expliciet is erkend door de gemeenschapsrechter, terwijl men een dergelijke redelijkheidstoets wellicht wel impliciet kan herkennen in de rechtspraak van het Hof van Justitie. In dit 'herkenningsproces' speelt ook een normatieve inschatting een rol omtrent de vraag of deze benadering zinvol en effectief kan zijn in het mededingingsrecht.

De onderzoeksvragen van mevr. Loozen zijn op verschillende wijzen te beantwoorden. Een variant die mijns inziens recht doet aan de complexe realiteit van zelfreguleringszaken, is de volgende beantwoording:

- 1 Kent het EG-kartelverbod een algemeen belang *rule of reason*? Het voorzichtige antwoord, dat juristen altijd geven, luidt: dat hangt er van af wat men precies verstaat onder de 'rule of reason'. Het meer doortastende antwoord luidt: formeel niet, materieel wél (hoewel het Hof van Justitie deze benadering nog niet met zoveel woorden erkent binnen het mededingingsrecht). Beantwoording van de onderzoeksvraag in deze zin is analytisch van aard, maar nadert een normatieve grens.
- 2 Dient het algemeen belang van een effectieve mededinging in het kader van artikel 81 EG-Verdrag te worden afgewogen tegen andere algemene belangen als het gaat om zelfregulering door en voor de vrije beroepen? Waar dit punt om een normatief ant-

<sup>1</sup> Zie E.M.H. Loozen, 'Zelfregulering door en voor de vrije beroepen: toch maar liever geen algemeen belang *rule of reason*', *NTER* 2007, p. 153-162.

<sup>2</sup> Zie E.M.H. Loozen 2007, p. 153.

<sup>3</sup> Uit de tekst is op te maken dat bepaalde mededingingsbeperkende vrijeberoepsregels onder de figuur van de 'deontologische nevenrestrictie' gesauveerd kunnen worden onder het kartelverbod. Zie E.M.H. Loozen *NTER* 2007, p. 162. De inschatting of een beperking als nevenrestrictie gezien moet worden of niet, lijkt toch een zekere afweging van belangen te behelzen, hoe restrictief deze weging ook mag zijn. Uiteraard hangt de zichtbaarheid van deze weging af van de mate waarin men haar expliciteert.

woord vraagt,<sup>4</sup> kan men het ook analytisch beantwoorden: een toetsende instantie (vaak de rechter, maar in een eerder stadium bijvoorbeeld ook een mededingingsautoriteit) kan vaak niet anders dan een dergelijke beoordeling ter hand nemen in een voorliggende mededingingszaak die draait om beroepsregeling. Het gaat er alleen om welk instrument of welke methode de toetsende instantie daarbij gebruikt om tot een heldere en scherpe afweging te komen. Belangrijk is natuurlijk ook dat dit instrument of deze methode niet zomaar de poort opent voor allerlei mededingingsbeperkende beroepsregels die een vrije beroepsregulator (zoals een orde van advocaten of een notariële beroepsorganisatie) in het leven roept.

Deze antwoorden op de twee onderzoeksvragen zullen hieronder nader toegelicht worden. Allereerst volgen enige nadere opmerkingen over de vraag of bij de toepassing van artikel 81 EG-Verdrag een afweging kan worden gemaakt tussen mededingings- en niet-mededingingsbelangen. Vervolgens komt het concept en de werking van de 'rule of reason' zelf aan bod, evenals zijn mogelijke voordelen. Tevens komt aan de orde hoe deze methode zich verhoudt tot andere bestaande uitzonderingsinstrumenten binnen het mededingingsrecht. Ten slotte wordt kort ingegaan op de vraag in hoeverre de vaststelling van belangen van overheidswege bepalend is voor de plaats van deze belangen binnen de 'rule of reason'.

Een zekere vermenging van analytische en normatieve elementen is onvermijdelijk in deze bijdrage – het zou te artificieel zijn om beide dimensies volledig gescheiden te behandelen.

### De weging van uiteenlopende belangen binnen artikel 81 EG-Verdrag en de stoel van de wetgever

Bij het gebruik van excepties binnen het kartelrecht komt de vraag op of het algemeen belang van een effectieve mededinging dient te worden afgewogen tegen andere algemene belangen als het gaat om zelfregulering door en voor de vrije beroepen. Een figuur die een dergelijke afweging mogelijk maakt is 'de rule of reason', of men dit fenomeen nu ziet als zelfstandig instrument uit de jurisprudentie van de gemeenschapsrechter, of meer als een conceptuele benadering die zelfs een 'niet-economische' toepassing van artikel 81 lid 3 zou kunnen verklaren.

Als kritiek op de 'rule of reason' wordt aangevoerd dat deze methode impliceert dat ondernemingen plaats kunnen nemen op de stoel van de wetgever. En dat kan niet de bedoeling zijn, zo luidt de kritiek.<sup>5</sup> Bij deze stelling zijn twee kanttekeningen te plaatsen.

1 Ten eerste is het in enkele specifieke sectoren van de maatschappij zo dat ondernemingen (of beter: ondernemersverenigingen) wel degelijk op de stoel van de wetgever plaatsnemen, of men dat vanuit rechtsstatelijk oogpunt nu een goede zaak vindt of niet. De juridische vrijeberoepssector is hiervan het meest spreken-de voorbeeld: historisch gezien hebben advocaten en notarissen via hun beroepsorganisaties grote regelgevende bevoegdheden in vele lidstaten van de EG. Maar ook op een gebied als sport bestaan er uitvoerige regelgevende bevoegdheden voor private actoren uit de sector zelf (denk aan de verschillende sportbonden).<sup>6</sup>

Nu kan men zeggen dat in deze redenering iedere vorm van privaatrechtelijke regulering valt binnen het domein van de wetgever. In zeker opzicht is dit ook zo, althans in potentie. Bepalend in dit vraagstuk is welke regelgevende taken precies op de stoel van de wetgever

(dienen te) liggen, en waar de private vrijheid begint met betrekking tot het verenigingsleven en andere particuliere initiatieven.

Hoe men deze afweging ook maakt, zeker in de juridische vrije beroepen gaat het om een domein dat typisch behoort tot de kerntaken en prerogatieven van de overheid. In dit gebied staan uiteindelijk kernwaarden van een goede rechtsbedeling en zelfs belangen van de rechtsstaat centraal, zoals de onafhankelijkheid van de advocaat,<sup>7</sup> de toegang tot het recht en deskundige rechtsbijstand. Toch heeft de Nederlandse staat van oudsher op een groot aantal punten de juridische vrijeberoepsregelgeving aan de sector zelf overgelaten. Zoals gezegd, men kan hier vanuit democratisch, constitutioneel of rechtstheoretisch opzicht bezwaren tegen hebben, maar de realiteit is wel zo.

Momenteel vindt in Nederland overigens een herijtingsproces plaats waarin de minister van Justitie maatregelen overweegt om meer controle te krijgen over de regelgevende bevoegdheden van

<sup>4</sup> Een *normatieve* behandeling van de vraag naar de weging van mededingings- en niet-mededingingsbelangen binnen het mededingingsrecht, leidt tot een complexe discussie met twijfelachtig resultaat voor de rechtspraktijk. Aangezien het Europese recht niet de automatische en volledige prioriteit van het mededingingsrecht verordonneert boven enig ander beleids- of rechtsterrein, van welke oorsprong ook, zou een redenering vanuit de huidige Europeesrechtelijke *status quo* een bevestigend antwoord opleveren: bij de toepassing van het mededingingsrecht behoort men rekening te houden met andere beleids- of rechtsterreinen, teneinde hun bestaan in ieder geval enigermate recht te doen. Ingeval men geheel los van de huidige systematiek van het EG-recht een normatief antwoord zou willen formuleren, staan twee varianten van beantwoording open: een afwijzend en een bevestigend antwoord. Een dergelijke exercitie levert ongetwijfeld interessante denkbeelden en scherpe discussies op, zeker indien men de vraag negatief zou willen beantwoorden. Maar zij staat mijlenver af van de realiteit van (de systematiek van) het huidige Europese recht. Een negatieve beantwoording van de vraag zou immers inhouden dat het mededingingsrecht absolute prioriteit heeft en alle andere beleids-terreinen bij voorbaat aan de kant schuift. Zelfs de grootste aanhangers van marktwerking zouden bij dit standpunt wellicht even met de ogen knippen.

<sup>5</sup> Zie E.M.H. Loozen, *NTer* 2007, p. 153.

<sup>6</sup> Het mededingingsrecht is bij dit type optreden van private actoren al snel van toepassing, waar het gaat om regulerende activiteiten van ondernemersverenigingen met een mededingingsbeperkend effect voor de sector.

<sup>7</sup> Deze onafhankelijkheid is op de eerste plaats een uitgangspunt van goede rechtsbedeling, maar er bestaan sterke verbanden met typische kernwaarden of zelfs beginselen van de rechtsstaat, zoals een eerlijk proces. In het kabinetsstandpunt over de toekomst van de Nederlandse advocatuur wordt adequate rechtshulpverlening direct gekoppeld aan een eerlijk proces conform artikel 6 EVRM. Het is een wezenskenmerk van de rechtsstaat dat de burger zijn rechten kan effectueren, aldus het kabinet. Rechtspraak en rechtsbijstand zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden. Om die reden hebben de wetgevende machten van democratische samenlevingen van oudsher aan de advocaat een essentiële rol in de rechtspleging toegerekend. De onafhankelijkheid van de advocaat, o.a. ten opzichte van de overheid, vormt hierbij een absolute kernwaarde. Zie Brief van de minister van Justitie aan de Tweede Kamer met het Kabinetsstandpunt op het rapport van de Commissie advocatuur, 13 oktober 2006, Kamerstukken II 2006/07, 30 800 VI, nr. 13, p. 4 en 6-8.

de Nederlandse Orde van Advocaten.<sup>8</sup> De wetgever zal de positie van de juridische beroepsorganisatie echter nooit geheel over kunnen nemen. Dit heeft te maken met de redenen voor zelfregulering in deze sector: omwille van de onafhankelijkheid ten opzichte van de overheid (een belangrijke waarde van de rechtsstaat), omwille van de expertise, omwille van de effectiviteit van de regelgeving. In deze opzet lijkt een vrijeberoepsregulator dus per definitie onderdeel uit te maken van het ondernemersveld, en houdt men immer een mededingingsrechtelijke spanning. De realiteit van de Luxemburgse rechtspraak is op dit punt overigens wel wat weerbarstiger. Zo is het de vraag of de Nederlandse advocatuurregelgeving ná de voorgestelde wetswijzigingen onverkort onderworpen blijft aan de toepassing van het mededingingsrecht,<sup>9</sup> maar dit is een ander vraagstuk waarop ik hier niet verder in zal gaan.

<sup>8</sup> Zie Brief van de minister van Justitie aan de Tweede Kamer met het Kabinetstandpunt op het rapport van de Commissie advocatuur, 13 oktober 2006, Kamerstukken II 2006/07, 30 800 VI, nr. 13. Zie ook Rijksbegroting 2008, Deel VI (Justitie), Hoofdstuk 2, Beleidsagenda 2008, onder Pijler 5: Veiligheid, stabiliteit en respect. Zie over het onderwerp van de hervorming van de Nederlandse advocatuur in breder perspectief het Rapport van de Commissie advocatuur van 24 april 2006: P.C.E. van Wijnen e.a., *Een maatschappelijke Orde*, Den Haag: Ministerie van Justitie 2006.

<sup>9</sup> Dit heeft te maken met de vraag of deze regelgeving onder het toekomstige stramen nog beschouwd kan worden als afkomstig van de ondernemersvereniging NOvA, of bestempeld dient te worden als pure overheidswetgeving van de Nederlandse staat. Belangrijke elementen in dit kader zijn de introductie van preventief toezicht van de kant van de minister van Justitie op besluiten van de NOvA, het opnemen van de kernwaarden van de advocatuur in de Advocatenwet en de instelling van een onafhankelijke adviesraad. Zie Brief van de minister van Justitie aan de Tweede Kamer met het Kabinetstandpunt op het rapport van de Commissie advocatuur, nr. 13, p. 13 en 14. De grens van het mededingingsrechtsgebied komt hiermee langzamerhand in zicht. Het Europese vrijverkeersrecht zou in dat geval overigens (een deel van) de controle over kunnen nemen.

<sup>10</sup> Zie artikel 5 EG-Verdrag. Zie hierover ook W. Voermans, *Toedeling van bevoegdheid* (oratie Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 16.

<sup>11</sup> Artikel 95 EG-Verdrag bevat de rechtsgrondslag van de EG voor regelgeving op het terrein van de interne markt.

<sup>12</sup> Vergelijk zaak C-376/98, Duitsland t. Europees Parlement en Raad, *Jur.* 2000, p. I-8419, over het ontbreken van een rechtsgrondslag in artikel 95 EG-Verdrag voor een richtlijn over reclame en sponsoring van tabaksproducten. Al zijn er zeker ook 'tabakszaken' waarin het Hof van Justitie de Gemeenschap wél bevoegd achtte om op basis van artikel 95 EG-Verdrag maatregelen te nemen die de volksgezondheid mede beschermen. Zie bijvoorbeeld zaak C-491/01, *British American Tobacco*, *Jur.* 2002, p. I-11453.

<sup>13</sup> Via de band van harmonisatiemaatregelen zoals de Beroepskwalificatierechtlijn, de Juridische-Dienstenrichtlijn, de Vestigingsrichtlijn voor advocaten en de (algemene) Dienstenrichtlijn, worden bepaalde vrijeberoepsregels wel geraakt, maar een volwaardig communautair vrijeberoepsrecht gaat van deze richtlijnen niet uit. Zie Richtlijn 2005/36/EG, *Pb.* 2005, L 255/22; Richtlijn 77/249/EEG, *Pb.* 1977, L 78/17; Richtlijn 98/5/EG, *Pb.* 1998, L 77/36; Richtlijn 2006/123/EG, *Pb.* 2006, L 376/36.

<sup>14</sup> De ruimte ontbreekt mij hier om uitgebreid in te gaan op de regelgevende bevoegdheden van de Nederlandse Orde van Advocaten onder de Advocatenwet, en eventuele autonome bevoegdheden die deze Orde ook heeft.

Ook vanuit het perspectief van de Europese Gemeenschap zijn de zaken helder: of de EG hier nu van geporteerd is of niet, lidstaten laten wel degelijk toe dat ondernemersverenigingen plaatsnemen op de stoel van de wet- of regelgever. Dit is regelmatig het geval op terreinen waar de EG geen directe bevoegdheden heeft (vrije beroepen, sport), of op terreinen waar zij slechts een aanvullende rol speelt (cultuur). De Gemeenschap kan immers slechts handelen binnen de grenzen van de haar door het EG-Verdrag verleende bevoegdheden en toegewezen doelstellingen.<sup>10</sup> Waar zij geen competentie heeft, kan zij in principe ook niet direct regelgevend optreden. Uiteraard biedt artikel 95 EG-Verdrag<sup>11</sup> vaak uitkomst – de interne markt is nu eenmaal een breed interpreteerbaar begrip. Maar zelfs artikel 95 EG-Verdrag biedt geen ongelimiteerde mogelijkheid tot het uitvaardigen van communautaire wetgeving op allerlei gebied.<sup>12</sup> Op het vlak van de vrije beroepen is de EG in ieder geval nog niet overgegaan tot het instellen van een uniforme communautaire vrijeberoepscode.<sup>13</sup>

2 Een aanvulling is op haar plaats bij de stelling dat juist de 'rule of reason' inhoudt dat ondernemingen plaats kunnen nemen op de stoel van de wetgever. De 'rule of reason' biedt slechts een weegschaal aan de beoordelende instantie (zoals een rechter of een mededingingsautoriteit). Een orde van advocaten kan haar regels zo goed mogelijk verdedigen bij een dergelijke instantie, in de hoop dat deze er een hoge waarde aan toekent op de uiteindelijke balans. De 'rule of reason' is er echter niet de oorzaak van dat de orde de regelgevende bevoegdheden heeft die zij heeft.

Dat een orde van advocaten intern ook bepaalde afwegingen maakt omtrent de houdbaarheid van regels met het oog op een uiteindelijke toetsing onder het mededingingsrecht (zeker in het verleden lang niet altijd de realiteit), maakt deze redelijkheidsregel nog niet tot stoel waarop een beroepsorganisatie als wetgever plaats neemt. Zoals gezegd, dit is toch echt een zaak van nationaal recht (of de afwezigheid daarvan).<sup>14</sup>

De 'rule of reason' vormt ook allerminst een achterdeur, waarlangs alle vrijeberoepsregelgeving die een beroepsorganisatie uitvaardigt klakkeloos kan ontsnappen aan de werking van het mededingingsrecht. Van een 'carte blanche' aan ondernemers of ondernemersverenigingen is, zoals vaak gedacht wordt, geen sprake. Op dit punt is een parallel te trekken met de vrijverkeersjurisprudentie, waarin de 'rule of reason' een robuust toetsingsinstrument vormt. Dat tot dusverre de (juridische en andersoortige) beroepsregelgeving nog redelijk ongeschonden de toets van het vrijverkeers- en mededingingsrecht heeft doorstaan, doet hier niets aan af. Dit hangt samen met de complexiteit van de afwegingen die in dit soort zaken gemaakt dienen te worden tussen economische belangen enerzijds en waarden van de rechtsstaat (of andere niet-mededingingsbelangen) anderzijds. Ook speelt een rol de moeilijkheid om de juiste beschermingsconstructies te vinden voor waarden als de onafhankelijkheid van de advocaat en deskundige rechtsbijstand in een marktsituatie. Het ontbreken van een communautair beleid op het onderwerp van vrijeberoepsregulering zorgt voor een beleidsvacuüm op Europees niveau.

De relatief ongeschonden status van nationale vrijeberoepsregelgeving onder het EG-recht is voorts een realiteit in de rechtspraak van de gemeenschapsrechter, of men de 'rule of reason'-benadering nu als zodanig erkent of niet. Dat deze status in de toekomst wellicht op onderdelen gaat veranderen, mede naar aanleiding van handhavingsinitiatieven van de Commissie, doet aan de huidige constatering niets af.

## De 'rule of reason' in het Europese recht en vrijberoepsreggeving

De (maatschappelijke) 'rule of reason' is tot ontwikkeling gekomen in het Europese vrijverkeersrecht en bevat een aantal criteria die, in zaken met een maatschappelijke dimensie, geschikt zijn om een afweging te maken tussen botsende economische en niet-economische belangen.<sup>15</sup> Achtergrond van deze ontwikkeling is dat de Verdragsrechtelijke uitzonderingsinstrumenten niet voldeden – een alternatieve methode is dan geboden. De 'rule of reason' of 'exceptie op grond van dwingende eisen van algemeen belang' kent *grosso modo* vijf voorwaarden:<sup>16</sup> (i) een communautaire regeling ter zake bestaat niet; (ii) de nationale regel wordt niet om puur economische redenen toegepast; (iii) het belang dat de nationale maatregel beoogt te beschermen is van voldoende gewicht; (iv) de nationale maatregel mag niet discrimineren, hoewel men ziet dat deze voorwaarde in de jurisprudentie niet heilig is;<sup>17</sup> (v) de nationale maatregelen dienen proportioneel te zijn.

Belangrijk om te vermelden is dat de hierboven beschreven exceptie niet behelst de economische 'rule of reason' die zijn oorsprong kent in het Amerikaanse mededingingsrecht.<sup>18</sup> Deze Amerikaanse redelijkheidsregel betreft een afweging tussen puur economische voor- en nadelen van een mededingingsbeperkende handeling; tegen deze exceptie kan aangevoerd worden dat zij het nuttig effect ontnemt aan artikel 81 lid 3 EG-Verdrag.<sup>19</sup>

De gemeenschapsrechter heeft de maatschappelijke 'rule of reason' binnen het mededingingsrecht vooralsnog niet expliciet erkend. Van enige sympathie voor de onderliggende benadering lijkt

wél sprake.<sup>20</sup> In het verdere verloop van deze bijdrage komen enige argumenten aan de orde ten faveure van een meer openlijke toepassing van de 'rule of reason' binnen het mededingingsrecht. Eerst wordt nu bekeken wat deze toepassing eigenlijk in concreto betekent.

## De proportionaliteitstoets in de 'rule of reason'

Bij toepassing van de maatschappelijke 'rule of reason' is het criterium van de proportionaliteit *sensu lato* over het algemeen het meest cruciaal met betrekking tot de juridische vrijberoepssector, in de zin dat toetsing aan de 'rule of reason' culmineert in de proportionaliteitstest.

Proportionaliteit behoort tot de basisbeginselen van het Europese recht.<sup>21</sup> De proportionaliteitstoets (proportionaliteit in brede zin) valt uiteen in de deelvvoorwaarden geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid (proportionaliteit *sensu stricto*).<sup>22</sup> Over de concrete toetsing van vrijberoepsregels aan deze drie criteria in het licht van het mededingingsrecht, is het volgende te zeggen.

## Geschiktheid

Met het geschiktheidscriterium toetst men of de maatregel in kwestie geschikt is om het te beschermen belang ook daadwerkelijk te beschermen. Het belang dient in dit verband ook legitiem te zijn.<sup>23</sup>

Het geschiktheidscriterium zal meestal niet voor grote problemen zorgen in de juridische vrijberoepssector,<sup>24</sup> omdat de opgegeven doelstellingen (onafhankelijkheid van de advocaat, onpartijdig-

<sup>15</sup> Zo gaat het bij de juridische vrije beroepen mede om (achterliggende) waarden van de rechtsstaat, zoals de onafhankelijkheid van de advocaat en notaris, partijdigheid (advocaat) respectievelijk onpartijdigheid (notaris), vertrouwelijkheid, integriteit en een goede rechtsbedeling. Hiertegenover staan de kernbelangen van het mededingingsrecht, te weten werkzame mededinging en economische efficiëntie.

<sup>16</sup> Vgl. zaak 120/78, Cassis de Dijon, *Jur.* 1979, 649, r.o. 8. Zie ook R. Barents en L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees Recht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 350, waar tevens meer jurisprudentie inzake het concept van de 'rule of reason' is vermeld.

<sup>17</sup> Zie bijvoorbeeld zaak C-2/90, Waalse afvalstoffen, *Jur.* 1992, p. I-4431, en zaak C-389/96, Aher-Waggon t. Bundesrepublik Deutschland, *Jur.* 1998, p. I-4473. Zie ook Conclusie A-G Jacobs van 26 oktober 2000 in zaak C-379/98, PreussenElektra AG t. Schlesweg AG, *Jur.* 2001, p. I-2099, r.o. 220-238.

<sup>18</sup> Zie over de twee varianten *economic Rule of Reason* en *policy Rule of Reason*: J.W. van de Gronden & K.J.M. Mortelmans, Het mededingingsrecht en niet-economische belangen: 2003 het cruciale jaar?, in: J.W. van de Gronden & K.J.M. Mortelmans, *Mededinging en niet-economische belangen*, Deventer: Kluwer 2001, p. 316.

<sup>19</sup> Zoals het Gerecht van Eerste Aanleg deed in zaak T-112/99, Métropole télévision e.a. t. Commissie, *Jur.* 2001, p. II-2459, r.o. 72-78 en 107. Het Gerecht wees daarmee het gebruik van de Amerikaanse 'rule of reason' binnen het communautaire mededingingsrecht af. Zie over dit onderwerp ook: M.R. Mok, *Kartelrecht I. Nederland – De Mededingingswet*, Deventer: Kluwer 2004, p. 248-254.

<sup>20</sup> Zie Conclusie A-G Lenz in zaak C-415/93, Union royale belge des sociétés de football t. Jean-Marc Bosman, *Jur.* 1995, p. I-4921, r.o. 269: 'Zaken als de zoëven geschetste tonen aan, dat het Hof wel belang hecht aan de

achter de "rule of reason" liggende wensen. Of men daarom kan zeggen, dat in de rechtspraak een zekere tendens valt te bespeuren om ook in het gemeenschapsrecht [lees: mededingingsrecht; JH] een uit deze leer volgende weg in te slaan, mag in het midden blijven.' Vergelijk ook zaak C-519/04 P, Meca-Medina en Majcen t. Commissie, *Jur.* 2006, p. I-6991, r.o. 42.

<sup>21</sup> Zie bijvoorbeeld P. Craig & G. de Búrca, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2008, p. 544.

<sup>22</sup> Zie P. Craig & G. de Búrca, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2008, p. 545; J.H. Jans e.a., *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 185 en 186, en J.H. Jans et al., *Europeanisation of Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2007, p. 148-150. Zowel Craig & De Búrca als Jans c.s. geven aan dat de drie elementen niet in alle zaken ook alle drie als zodanig worden toegepast: zo concentreert de gemeenschapsrechter zich wel eens op twee van de drie onderdelen.

<sup>23</sup> Geschiktheid bestaat volgens de literatuur dus uit twee elementen: legitimiteit en eigenlijke geschiktheid. Zie J.H. Jans e.a. 2002, p. 185, en J.H. Jans et al. 2007, p. 149. Geschiktheid lijkt een minder strikt causaal verband te veronderstellen dan noodzakelijkheid, maar is aan de andere kant ook weer strenger dan 'nuttig'. Zie J.H. Jans e.a. 2002, p. 189-190, en J.H. Jans et al. 2007, p. 153. De legitimiteit van een belang kan binnen de 'rule of reason'-benadering wellicht ook al aan bod komen bij een eerdere voorwaarde, zoals criterium (iii) inzake het voldoende gewicht van het belang. Omwille van de coherentie van mijn betoog vindt behandeling hier niettemin plaats binnen de proportionaliteitstoets.

<sup>24</sup> Jans c.s. constateert meer in het algemeen dat de horde van de geschiktheid normaliter niet zoveel problemen oplevert. Zie J.H. Jans e.a. 2002, p. 190, en J.H. Jans et al. 2007, p. 154.



heid van de notaris, integriteit, deskundigheid) over het algemeen legitiem zijn. De geschiktheid zelf van een maatregel voor het bereiken van een bepaald doel is ook niet zo gemakkelijk te bestrijden. Vragen in dit kader richten zich al gauw op de beschikbaarheid van alternatieven, een punt dat aan bod komt binnen de noodzakelijkheidstoets. Het noodzakelijkheidscriterium is op dit punt scherper dan de geschiktheidsmaatstaf, en vormt dus vaak de ware scherpstijper.

### Noodzakelijkheid

De vraag bij de noodzakelijkheidstoets is, of de maatregel in kwestie werkelijk noodzakelijk is voor het bereiken van het aangevoerde doel, of dat daarvoor minder mededingingsbeperkende opties bestaan. Doorgaans worden twee of meer mogelijke maatregelen beoordeeld op de vraag of deze het voorliggende belang even effectief beschermen of niet. In geval van een positief antwoord, wordt gekeken welke van de even effectieve maatregelen de minst beperkende effecten voor de mededinging heeft.<sup>25</sup> In de praktijk zal deze toetsing vaak andersom plaatsvinden: er zijn bepaalde mededingingsbeperkende regels van kracht, en de vraag is of andere, *minder* beperkende maatregelen het doel even effectief verwezenlijken als de regels van dienst.<sup>26</sup>

De noodzakelijkheidstoets levert met betrekking tot de vrije beroepssector de grootste hoofdbrekens op. Eigenlijk impliceert de noodzakelijkheidmaatstaf een onderzoek naar de haalbaarheid van minder mededingingsbeperkende alternatieven voor de maatregel die voorligt. Zijn er geschikte opties te bedenken die minder mededingingsbeperkend zijn (een mededingingstoets) en toch het niet-economische belang even goed dienen als de maatregel in kwestie

(een niet-economische toets)?<sup>27</sup> De eerste component is goed te toetsen, de tweede component echter een stuk lastiger toe te passen.

Een voorbeeld. Stel dat het Hof van Justitie in *Wouters*<sup>28</sup> had afgewogen of er minder beperkende alternatieven bestonden voor het samenwerkingsverbod. Het Hof had daarbij kunnen denken aan het fenomeen van 'chinese walls' binnen een juridisch bedrijf. Deze optie van 'chinese walls' is minder mededingingsbeperkend dan een totaalverbod op samenwerking, dus aan de 'mededingings'-deelvoorwaarde zou zeker voldaan worden. Vervolgens komt de vraag aan de orde of het fenomeen van 'chinese walls' de onafhankelijkheid van de advocaat even effectief zou waarborgen als een samenwerkingsverbod. Dit is een risicovolle afweging. Hoeveel ruimte kan men vrijeberoepsbeoefenaren laten om een bedrijf zo te structureren en organiseren dat het naleven van deontologische regels gewaarborgd is? In een context waarin (destijds) net het Enron-schandaal<sup>29</sup> tot uitbarsting was gekomen, is het goed voor te stellen dat een rechterlijke instantie nog eens extra voorzichtig was om bepaalde deontologische regels (met historische wortels) zomaar door een lichter alternatief vervangbaar te achten.

Mevr. Loozen stelt dat in de toets van beroepsregelgeving onder het mededingingsrecht het criterium van objectieve noodzakelijkheid is verbonden met een abstracte invulling.<sup>30</sup> Als duiding van het optreden van het Hof van Justitie zou de term 'abstracte invulling' wellicht een treffende kwalificatie zijn (namelijk als verwijt aan de gemeenschapsrechter dat deze niet helder genoeg rechtspreekt<sup>31</sup>), als toepassingswijze van een toetsingsnorm is dit begrip naar mijn mening ongeschikt: een 'abstracte invulling' vormt slechts een contradictio in terminis. Hoe gevoelig onderwerpen ook liggen, een concrete invulling volgens een expliciet stappenplan lijkt mij preferabel: het biedt meer houvast aan de beoordelende instantie en maakt afwegingen bovendien helder.

Het Hof was in *Wouters* op het punt van de noodzakelijkheid enigszins voorzichtig in zijn oordeel – gezien de feitelijke achtergrond en context van de *Wouters*-zaak op zich niet onbegrijpelijk. Dit neemt niet weg dat de noodzakelijkheidvoorwaarde in concrete gevallen wel degelijk een obstakel kan vormen voor bepaalde juridische vrijeberoepsregelgeving. Zij vormt doorgaans een lastiger hobbel dan de evenredigheidsvoorwaarde.

### Evenredigheid

De vraag naar proportionaliteit in enge zin leidt tot een meer (rechts-) politieke afweging. Met dit criterium moet als het ware afgewogen worden of het economische nadeel (de gegeven mededingingsbeperking) het niet-economische doel dat er mee gediend wordt 'waard' is. Teneinde hierin een keuze te maken, dient men de betrokken belangen 'op waarde te schatten'. Nadat men een bepaalde betekenis heeft toegekend aan elk van beide (groepen) belangen, dient men te beslissen welke van beide het meest waardevol is en daarmee voorrang krijgt boven de ander. Deze exercitie behelst een politiek-maatschappelijke afweging van belangen omtrent (bij de juridische vrije beroepen) de bescherming van waarden van de rechtsstaat aan de ene kant en een efficiënte, concurrerende dienstverlening aan de andere kant.

Het lijkt aannemelijk dat toetsende instanties zoals rechters en mededingingsautoriteiten op dit punt een enigszins terughoudende benadering in acht nemen. Het gaat om met het mededingingsrecht botsende waarden van de rechtsstaat die in alle lidstaten van de EG zijn geaccepteerd. Een toetsende instantie zal normaliter enig respect koesteren voor de afweging die de nationale wetgever heeft

<sup>25</sup> J.H. Jans e.a. 2002, p. 185, en J.H. Jans et al. 2007, p. 149.

<sup>26</sup> Tot de zoektocht naar het juiste alternatief behoort ook de vraag of het achterwege blijven van enige maatregel als alternatief dient te gelden. Punt van overweging hierbij is dan of een maatregel sowieso wel bijdraagt aan het verwezenlijken van het opgegeven doel. Deze kwestie kan echter ook al aan bod komen en beantwoord worden in het kader van het geschiktheidscriterium.

<sup>27</sup> De opmerking van mevr. Loozen dat het bij de noodzakelijkheidstoets (van het Samenwerkingsverbod van de Nederlandse Orde van Advocaten) gaat om een economische beoordeling, lijkt mij dus niet juist, of in ieder geval niet compleet. Bij de toets gaat het om een gedeelte mededingings- én niet-economisch belang-toets. Zie E.M.H. Loozen *NTer* 2007, p. 157.

<sup>28</sup> Het arrest *Wouters* (zaak C-309/99, *Wouters, Jur.* 2002, p. I-1577) handelde over een verbod op samenwerkingsverbanden tussen advocaten en accountants dat de NOvA had ingesteld om belangenverstrengeling te voorkomen.

<sup>29</sup> Enron was een Amerikaans energiebedrijf dat vooral gas leverde. Begin jaren negentig ging het bedrijf zich toeleggen op handel in allerlei markten, waaronder telecommunicatie, internet en verzekeringen. Enron gaf meer uit dan er binnenkwam en hield verliezen uit de boeken middels schimmige constructies met honderden dochterondernemingen. Toen het bedrijf eind 2001 uiteindelijk failliet ging, bleek o.a. dat accountants bewijsmateriaal vernietigd hadden.

<sup>30</sup> Zie E.M.H. Loozen *NTer* 2007, p. 158.

<sup>31</sup> Bijvoorbeeld omdat koudwatervrees het Hof van Justitie niet vreemd is bij een politiek gevoelig onderwerp, terwijl het Hof toch goed op weg was in *Wouters*, door de proportionaliteitsvraag zelf te beantwoorden, en de hete aardappel niet door te schuiven naar de nationale (feiten)rechter.

gemaakt om deze waarden te beschermen. Bij beroepsdeontologie als zodanig ligt het primaat immers nog altijd bij de EG-lidstaten – die vervolgens binnen hun rechtsgebied ook ruimte kunnen laten aan particuliere organisaties voor regulering.

Een toetsende instantie zal de evenredigheidstest bijvoorbeeld wel ten volle kunnen invullen indien op Europees niveau de ‘waarde’ van de betrokken belangen voldoende is bepaald, óók ten opzichte van elkaar. Hier komt men echter al snel in hypothetische situaties terecht. Stel dat het EG-Verdrag uitdrukkelijk zou bepalen dat mededinging belangrijker is dan beroepsdeontologie, cultuur of sport. Dán heeft een rechter een aangrijpingspunt om de evenredigheid van een keuze tussen mededinging en genoemde belangen uit te leggen in het voordeel van het mededingingsbelang. Deze situatieschets is echter geen realiteit. Sterker, het omgekeerde is vaak het geval. Zo bevat het EG-Verdrag integratieclausules voor cultuur, gezondheidszorg en milieubescherming,<sup>32</sup> waarmee andere communautaire beleidsterreinen (waaronder het mededingingsrecht) rekening dienen te houden.

### De gemeenschapsrechter als richtinggever

Uiteindelijk dient de rechter tot een eindoordeel te komen bij elk van de drie proportionaliteitsonderdelen, mede op grond van het intersubjectieve standpunt van de rechtsgemeenschap binnen Europa<sup>33</sup> op het voorliggende onderwerp.<sup>34</sup> Het zwaartepunt ligt bij de noodzakelijkheidstoets: hier heeft de beoordelende instantie de meest interessante knoop door te hakken.

De gemeenschapsrechter is de aangewezen instantie om in deze kwestie richting te geven.<sup>35</sup> ‘Luxemburg’ heeft overigens in de Europeesrechtelijke historie standpunten ingenomen die op dat moment nog lang niet als ‘intersubjectief’ waren te kenmerken. Het Hof van Justitie heeft feitelijk zo vaak en ver voor de muziek uitgelopen, dat het als majorettekorps al de hoek om was terwijl de fanfare nog aan het begin van de straat stond warm te draaien. Op het vlak van vrijeberoepsregelgeving ziet men dat het Hof enigszins huiverig is om knopen al te expliciet en rigoureuus door te hakken. Interessant in dit kader is het bestaan van vaste prijssystemen binnen de advocatuur in vele lidstaten. Dit is typisch een fenomeen waartegen in de Europese lidstaten langzaam maar zeker een intersubjectief afgrijzen zou kunnen ontstaan. In de huidige jurisprudentie ziet men dat het Hof hierover nog steeds tamelijk terughoudend is, terwijl de advocaat-generaal en Commissie scherper uit de hoek komen: de gemeenschapsrechter is voorzichtig om systemen van prijsbinding eigener beweging aan de kant te schuiven,<sup>36</sup> de Commissie en advocaat-generaal zijn hiertoe wel bereid.<sup>37</sup> Eenzelfde beweging ziet men ten aanzien van het verbod op een ‘no cure, no pay’-honoreringssysteem.<sup>38</sup>

### Convergentie tussen vrijverkeers- en mededingingsrecht

De termen ‘rule of reason’ en ‘dwingende eisen van algemeen belang’ uit de vrijverkeersjurisprudentie worden niet gebezigd in het hierboven beschreven *Wouters*-arrest. Toch komt de kern van de ‘rule of rea-

<sup>32</sup> Zie artikel 6 EG-Verdrag (milieubescherming), artikel 151 lid 4 EG-Verdrag (cultuur) en artikel 152 lid 1 EG-Verdrag (volksgezondheid).

<sup>33</sup> Vgl. in dit verband zaak C-249/96, *Grant t. South-West Trains*, *Jur.* 1998, p. I-621, r.o. 35, waar het Hof bij het bepalen van de status van partnerschappen tussen personen van hetzelfde geslacht verwijst naar ‘de huidige stand van het recht binnen de Gemeenschap’. Dat het Hof in deze zaak uiteindelijk vaststelt dat van een schending van primair EG-recht geen sprake is, doet aan de achterliggende toetsingswijze niets af.

<sup>34</sup> Uiteraard zijn bij de interpretatie van het EG-recht de Verdragsdoelstellingen en eerdere rechtspraak van groot belang. Bij kwesties waar ook nationale competenties een rol spelen, en de gemeenschapsrechter daadwerkelijk richting moet geven aan het Europese recht, speelt het intersubjectieve standpunt van de rechtsgemeenschap binnen Europa ook een rol. Het gaat dan in casu om het standpunt betreffende de economische houdbaarheid en functionaliteit van bepaalde beroepsregels die de mededinging ernstig schenden, niet om de achtergrond of opzet van de regels zelf – dat is immers een typisch nationale kwestie. Het is mogelijk dat binnen ‘Europa’, met de steeds verder voortschrijdende rol van marktwerking in eigenlijk alle lidstaten, een bepaalde consensus groeit over de non-functionaliteit van bijvoorbeeld prijsafspraken in een groot aantal sectoren en systemen van de maatschappij.

<sup>35</sup> Door afwegingen omtrent bijvoorbeeld proportionaliteit zoveel mogelijk te expliciteren en de status van bepaalde typen beroepsregels wellicht duidelijk(er) te benoemen, zodat de nationale rechter maximaal houvast heeft bij zijn feitelijk oordeel.

<sup>36</sup> Zie Hof van Justitie 5 december 2006, gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04, *Cipolla/Portolese* en *Macrino/Meloni*, *Jur.* 2006, p. I-11421, r.o. 55-70.

<sup>37</sup> Zie Conclusie A-G Pólares Maduro van 1 februari 2006 in gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04, *Cipolla/Portolese* en *Macrino/Meloni*, *Jur.* 2006, p. I-11421, r.o. 76-93, en Commissiebeschikking van 24 juni 2004 in zaak COMP/38.549 betreffende een procedure op grond van artikel 81 EG-Verdrag over de schaal van minimumerelonen van de Nationale Raad van de Belgische Orde van Architecten, par. 97-99.

<sup>38</sup> Op dit laatste punt kan men een verschil in benadering herkennen tussen de Commissie en de advocaat-generaal. De eerste laat een verbod op ‘no cure, no pay’ toe, de tweede adviseert om een dergelijk verbod niet langer in stand te houden. Zie Commissiebeschikking 1999/267/EG, EPI-gedragscode, *Pb.* 1999, L 106/14, par. 35, en Conclusie A-G Pólares Maduro van 1 februari 2006 in gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04, *Cipolla t. Portolese* en *Macrino t. Meloni*, *Jur.* 2006, p. I-11421, r.o. 94.

son'-toets (de norm van proportionaliteit *sensu lato*) ook terug in *Wouters*, in de vorm van een noodzakelijkheids- en evenredigheidstoets.<sup>39</sup>

Een gelijksoortige inhoud van de 'rule of reason'-toets in het communautaire mededingingsrecht en het vrijverkeersrecht is te meer geëigend in de vrijeberoepssector, waar beroepsorganisatie en overheid vaak innig met elkaar verstrengeld zijn bij de uitvaardiging van beroepsregels<sup>40</sup> en de lijn voor toepassing van één van beide rechtsgebieden dun is. Men ziet ook dat het communautaire mededingingsrecht en het vrijverkeersrecht afwisselend toegepast worden in vrijeberoepszaken die feitelijk zeer op elkaar lijken.<sup>41</sup> Een convergentie in de proportionaliteitstoets bevordert dan de uniformiteit en duidelijkheid van het Europese recht ten opzichte van vrijeberoepsregulering.<sup>42</sup> Een volwaardige 'rule of reason'-test binnen het mededingingsrecht zorgt er bovendien voor dat beroepsregels niet gemakkelijker onder de toepassing van dit rechtsgebied uitkomen dan onder applicatie van het vrijverkeersrecht.

## De toepassing van artikel 81 lid 3 en artikel 86 lid 2 EG-Verdrag als exceptie in vrijeberoepszaken

De ontwikkeling van het 'rule of reason'-concept komt natuurlijk niet uit de lucht vallen. De reden voor het gebruik van deze methode in het communautaire mededingingsrecht, is dat de Verdragsrechtelijke uitzonderingsinstrumenten niet voldoen in zaken waarin niet-economische, c.q. vrijeberoepsbelangen, centraal staan.

Mevr. Loozen wijst het gebruik van artikel 81 lid 3 EG-Verdrag als uitzonderingsgrond ten aanzien van 'niet-economische' belangen af. Een dergelijke aanpak zou immers alsnog leiden tot de introductie van een algemeen belang *rule of reason*, aldus Loozen. Bovendien zou dan niet meer aan de vierde voorwaarde van deze bepaling (het voorschrift van de restconcurrentie) voldaan worden, aangezien algemeen verplichte kwalitatieve regels de mededinging op het punt van de kwaliteit van de dienstverlening volledig uitsluiten.<sup>43</sup> Het is de vraag of deze laatste opmerking in algemene zin juist is: kwaliteitsnormen staan niet in de weg aan (verdergaande) concurrentie op kwaliteit.<sup>44</sup> Wanneer kwaliteitsnormen zijn gevangen in een licentiesysteem kan men wél spreken van een (potentiële) mededingingsbeperking, aangezien de 'circle of competitors' hiermee beperkt wordt gehouden. Restconcurrentie blijft echter altijd mogelijk (namelijk

<sup>39</sup> Het Hof van Justitie gebruikt in *Wouters* de zinsnede '[...] aangezien deze instelling zich redelijkerwijs op het standpunt mocht stellen dat voornoemde regeling [...] noodzakelijk is'. Zie zaak C-309/99, *Wouters*, *Jur.* 2002, p. I-1577, r.o. 110. De noodzakelijkheidstoets is hier duidelijk, de proportionaliteitstoets is enigszins verborgen. Men vindt hem terug in het woord 'redelijkerwijs'. Ook wordt de term 'onevenredig' nog gebezigd in r.o. 108 van het *Wouters*-arrest, zij het in een iets ander perspectief. Het gaat er maar om dat een gedragsregel de goede beroepsuitoefening kan bewerkstelligen op een redelijke wijze, dus zonder al te zware mededingingsbeperkingen te veroorzaken. De aanwezigheid van een verscholen proportionaliteitselement neemt niet weg dat de noodzakelijkheidstoets het voornaamste toetsingscriterium lijkt in *Wouters*. Verder ziet men dat het Hof van Justitie terughoudend is in zijn oordeel en een zekere discretionaire marge laat aan de NOvA. Men zou hier ook de omschrijving 'marginale toetsing' aan kunnen verbinden. Vergelijk M. Slotboom, 'Het *Wouters*-arrest. Verbod op geïntegreerde samenwerking met accountants is verenigbaar met Europees recht', *Advocatenblad* 2002-6, p. 251; M. Snoep, 'No cure no pay. NMa mist kans om eind te maken aan discussie', *Advocatenblad* 2002-5, p. 196; E. Pijnacker Hordijk, 'Annotatie bij *Wouters*-arrest', *M&M* 2002, nr. 2, p. 77. De vraag is wel of in het arrest daadwerkelijk sprake is van een marginaal toetsingsmodel, of dat het Hof slechts gegeven de specifieke omstandigheden van het geval terughoudend toetst. Zie M. Slotboom 2002, p. 252. Zelf vind ik het begrip 'marginale toetsing' toch wat onbested, zeker in het Europese recht. Van Wijmen heeft ooit aangegeven in zijn proefschrift dat een marginale toetsing op zichzelf helemaal niet marginaal is. Marginaal, in de zin van begrensd, is slechts haar effect. Zie P.C.E. van Wijmen, *Recht, belang en rechtsbescherming* (diss. Utrecht), Den Haag: VUGA 1981, p. 513 en 514. Liever volg ik de meer inhoudelijke analyse dat de gemeenschapsrechter in *Wouters* terughoudend is om in woelige deontologische tijden zelf een (even effectief, maar minder mededingingsbeperkend) alternatief aan te nemen voor een beroepsregel met een lange geschiedenis, die is uitgevaardigd door een organisatie met een grote historie op dat gebied.

<sup>40</sup> Het klassieke onderscheid tussen *imperium* (politieke macht) en *dominium* (economische macht) als richtpunt van het vrijverkeers- respectievelijk mededingingsrecht, is hier dus veel diffuser dan de theorie doet vermoeden. Zie nader over dit onderscheid: K.J.M. Mortelmans, 'Towards Convergence in the Application of the Rules on Free Movement and on Competition', *Common Market Law Review* 38 (2001), issue 3, p. 645-649. Zie voor een breder perspectief op de interactie tussen staatsregulering en privaatrecht initiatief binnen het economische gemeenschapsrecht: J.W. van de Gonden, 'The Internal Market, the State and Public-private Arrangements in the Light of European Law', *Legal Issues of Economic Integration* 33 (2006), issue 2, p. 105-137.

<sup>41</sup> In dit kader kan men zaak C-309/99, *Wouters*, *Jur.* 2002, p. I-1577 zetten tegenover gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04, *Cipolla t. Portolese* en *Macrino t. Meloni*, *Jur.* 2006, p. I-11421, en zaak C-250/03, *Giorgio Emanuele Mauri t. Ministero della Giustizia*, *Jur.* 2005, p. I-1267. Net zoals in laatstgenoemde twee zaken wees het Hof toepassing van het communautaire mededingingsrecht af in zaak C-35/99, *Arduino*, *Jur.* 2002, p. I-1529, maar dwongen de prejudiciële vragen van de nationale rechter het Hof niet tot een oordeel over de toepassing van het vrijverkeersrecht.

<sup>42</sup> Deze benadering heeft als neveneffect dat de inhoudelijke beslissingen in de rechtspraak en de analyses in de literatuur met betrekking tot de houdbaarheid van regelgeving van bijvoorbeeld de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) onder het mededingingsrecht hun waarde behouden, zelfs als in de toekomst bepaalde onderdelen van deze regelgeving buiten de reikwijdte van het mededingingsrecht terecht zouden komen. Het vrijverkeersrecht kan dan zijn voordeel doen met eerdergemaakte afwegingen in de jurisprudentie.

<sup>43</sup> Zie E.M.H. Loozen *NTer* 2007, p. 161 en 162.

<sup>44</sup> Dat een slager zich aan bepaalde kwaliteits- en hygiënevoorschriften dient te houden, weerhoudt hem er niet van de concurrentie met andere slagers aan te gaan op het vlak van kwaliteit van zijn producten.



door de ondernemers die wél een licentie hebben),<sup>45</sup> tenzij de eisen zo hoog zijn dat nagenoeg niemand toe kan treden.

Overigens zijn er voldoende (andersoortige) regels van private organisaties die de mededinging beperken, waarvoor artikel 81 lid 3 EG-Verdrag een lastig te nemen horde zal zijn. Zo komen de cumulatieve voorwaarden van deze bepaling ernstig in het geding wanneer vrijberoepsregels de vaststelling van uniforme prijzen regelen of andersoortige *hardcore* restricties in het leven roepen,<sup>46</sup> of reglementen van sportorganisaties flagrante mededingingsbeperkingen tot gevolg hebben. In Nederland valt het wat betreft de juridische vrije beroepen overigens erg mee met dit type beperkingen.<sup>47</sup>

De conclusie van mevr. Loozen dat artikel 81 lid 3 EG-Verdrag niet gebruikt kan worden voor een 'rule of reason'-benadering verdient instemming: niet omdat dit laatste fenomeen sowieso afwezig is of zou moeten zijn in het mededingingsrecht, maar omdat de voorwaarden van deze bepaling zich niet lenen voor een dergelijke afweging.<sup>48</sup> Uiteraard is het altijd mogelijk om de criteria van artikel 81 lid 3 zo ruim uit te leggen dat ook niet-economische belangen daarin een vertaling zouden kunnen krijgen.<sup>49</sup> Echter, in een aantal gevallen komt men dan eigenlijk uit bij een *contra legem* invulling van

de vier cumulatieve criteria. Ook de interpretatie van artikel 81 lid 3 EG-Verdrag in de beleidspraktijk van de Commissie lijkt niet zoveel ruimte te bieden om niet-economische belangen mee te nemen bij het invullen van de voorwaarden: de toepassing van deze bepaling is sterk gericht op economische efficiëntie.<sup>50</sup>

Voor de consistentie van het recht lijken twee verschillende instrumenten, met ieder hun eigen specifieke doelbestemming (c.q. de 'rule of reason' én artikel 81 lid 3 EG-Verdrag), te prefereren boven één instrument dat zo breed toepasbaar is gemaakt dat het zijn karakter verliest.

Aan de toepassing van artikel 86 lid 2 EG-Verdrag ten aanzien van de regelgevende activiteiten van de Nederlandse Orde van Advocaten is het Hof van Justitie in *Wouters* nimmer toegekomen. Het handelde de zaak af binnen het kader van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag. De A-G had er in zijn conclusie echter op gewezen dat de ondernemersvereniging in deze exceptiebepaling niet wordt genoemd als adressaat. Artikel 86 lid 2 EG-Verdrag is slechts gericht tot *ondernemingen* die een bijzondere taak toevertrouwd hebben gekregen. En in de vrijberoepssector is het toch echt de beroeps-

<sup>45</sup> Zie in een iets ander verband Commissiebeschikking 2000/475, CECED, Pb. 2000, L 187/47, par. 64, waarin de Commissie aangaf dat concurrentie op factoren als prijs, merkimago en technische prestaties gewoon mogelijk bleef in een markt waarin een milieukeur bestond (plus de afspraak tussen ondernemingen om de productie en invoer van bepaalde categorieën milieuvriendelijke wasmachines te staken).

<sup>46</sup> Artikel 81 lid 3 EG-Verdrag sluit niet *a priori* bepaalde soorten overeenkomsten van zijn toepassingsbereik uit. Toch is het zo dat afspraken of besluiten met *hardcore* beperkingen, zoals prijsafspraken, gebiedsverdelingen en productiebeperkingen, normaliter de voorwaarden van artikel 81 lid 3 EG-Verdrag niet passeren. Zo beperkt een horizontale overeenkomst met prijsafspraken de productie, hetgeen resulteert in een misallocatie van middelen. Zie de Mededeling van de Commissie met de Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 EG-Verdrag, Pb. 2004, C 101/97, par. 46.

<sup>47</sup> Het procesmonopolie van de advocatuur en het domeinmonopolie van het notariaat zijn in formele wetten vastgelegd en vallen buiten de werking van het mededingingsrecht.

In de Nederlandse advocatuur is de tariefregulering grotendeels gesneuveld in de jaren negentig van de vorige eeuw. De advocatuur kent nog vaste uurtarieven voor curatoren en bewindvoerders, die vastgesteld worden in een overleg tussen rechters-commissarissen, de vereniging van insolventierecht-advocaten (Insolad) en de Nederlandse Orde van Advocaten. Verder is sprake van aanbevolen tarieven voor procureursdiensten (de liquidatietarieven) die worden bepaald in een overleg tussen de Nederlandse Orde van Advocaten en vertegenwoordigers van de rechterlijke macht. De liquidatietarieven zullen binnen afzienbare tijd verdwijnen. Het voornemen van het ministerie van Justitie is om het verplichte procuraat per 1 maart 2008 af te schaffen.

Het notariaat kent nog één systeem van gefixeerde prijzen, en dat betreft het stelsel van van overheidswege vastgestelde maximumtarieven voor notariële diensten aan minder draagkrachtigen in de familierechtpraktijk. Het mededingingsrecht is hier waarschijnlijk sowieso niet op van toepassing.

<sup>48</sup> Zo is het de vraag of 'de consument' (de tweede voorwaarde van artikel 81 lid 3) gediend is bij waarden van de rechtsstaat als de onafhankelijkheid van de advocaat, zeker als deze onafhankelijkheid geborgd is in een constructie die de consument geld kost doordat zij leidt tot verzwakte concurrentie.

In geval van vaste tarieven komt de vierde voorwaarde van de restconcurrentie in gevaar, en ook de derde voorwaarde van de onmisbaarheid. Vaste prijzen doorstaan de toets van artikel 81 lid 3 doorgaans niet. Ook de eerste voorwaarde van de economische en technologische ontwikkeling is in woord en strekking absoluut niet gericht op de waarden van de rechtsstaat of het sociale belang van sport.

<sup>49</sup> Het Gerecht van Eerste Aanleg heeft in gevoegde zaken T-528/93, T-542/93, T-543/93 en T-546/93, *Metropole télévision e.a. t. Commissie*, Jur. 1996, p. II-649, r.o. 118 opgemerkt dat de Commissie in het kader van een algemene beoordeling zich voor het verlenen van een ontheffing krachtens artikel 81 lid 3 EG-Verdrag stellig kan baseren op overwegingen betreffende het algemeen belang. Deze opmerking lijkt de weg open te stellen voor de verwerking van algemene belangen in de toepassing van artikel 81 lid 3 EG-Verdrag. In de toepassingspraktijk van deze bepaling is dit uitgangspunt echter niet zo revolutionair als het lijkt. Nog immer dienen de vier cumulatieve voorwaarden gepasseerd te worden, die allemaal een economische inslag hebben. Daarmee is niet gezegd dat het onmogelijk is om algemene belangen mee te nemen in de toepassing van artikel 81 lid 3 EG-Verdrag. Zolang algemene belangen maar een economische vertaling kunnen krijgen bij de beoordeling van de verschillende voorwaarden van lid 3, is toepassing van deze bepaling mogelijk. De gemeenschapsrechter heeft een dergelijke benadering bijvoorbeeld gehanteerd bij milieubelangen. Het is echter niet zo dat deze methode ook goed werkt bij alle algemene (niet-economische) belangen. Er zijn nu eenmaal belangen waaraan heel moeilijk een economische waarde is te koppelen of een economische dimensie is te verlenen.

<sup>50</sup> Zie de Mededeling van de Commissie met de Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 EG-Verdrag, Pb. 2004, C 101/97, par. 48-72. Milieubelangen behoren tot de weinige categorieën niet-mededingingsbelangen met een niet-economische connotatie, die wellicht wél een vertaling kunnen krijgen binnen artikel 81 lid 3 EG-Verdrag. De uitvoering van milieubeschermingsmaatregelen leent zich voor een economische benadering, althans in de visie van de Commissie. Zie Commissiebeschikking 2000/475, CECED, Pb. 2000, L 187/47, par. 47-67, en Mededeling houdende Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten van de Commissie van 6 januari 2001, Pb. 2001, C 3/2, par. 192-198.

organisatie die de regels uitvaardigt, niet de zelfstandige advocaat, maatschap of NV.<sup>51</sup>

Men kan zeggen dat deze benadering wel erg formalistisch is: wellicht zou men de ondernemersvereniging kunnen inlezen als adressaat in artikel 86 lid 2 EG-Verdrag. Dit vanwege het doel en de functie van deze bepaling als exceptie op Verdragsrechtelijke verboden zoals artikel 81 EG-Verdrag. Aangezien de ondernemersvereniging als geadresseerde voorkomt in de verbodsbepaling, zou het aannemelijk zijn indien zij ook als zodanig zou figureren in de exceptie. De huidige stand van het recht is echter nog niet op dit punt aangekomen: een beroepsorganisatie lijkt (vooralsnog) geen gebruik te kunnen maken van artikel 86 lid 2 EG-Verdrag.

Hier komt bij dat artikel 86 lid 2 EG-Verdrag in de casuïstiek van de gemeenschapsrechter tot nu toe vooral is ingezet in universele dienstverleningszaken waarin een analyse van de bedrijfsvoering of het economisch functioneren van de dienstverlenende onderneming centraal stond.<sup>52</sup> Vandaar dat de proportionaliteitsafweging in deze zaken zeer 'economisch' van aard was, en het leidende criterium niet zozeer was de toets van de minst beperkende maatregelen, als wel de test van economisch aanvaardbare omstandigheden en economisch evenwicht in de bedrijfsvoering van de dienstverlener.<sup>53</sup> In de advocatuur en het notariaat staan (ook) andersoortige belangen centraal, zoals informatiesymmetrie, onafhankelijke rechtsbijstand en een eerlijke rechtsgang. Het is niet onmogelijk om dit soort waarden in te brengen in de beoordeling van een universele dienstverleningstaak of voorzieningsstructuur,<sup>54</sup> maar erg ontwikkeld is dit fenomeen nog niet in de jurisprudentie van de gemeenschapsrechter.

### Het gebruik van (andere) in de jurisprudentie ontwikkelde methoden als exceptie in vrijberoepszaken

Wanneer men de 'rule of reason' afwijst, komt men al gauw uit bij andere jurisprudentiële figuren als de nevenrestrictie en de inheren-

te beperking, om toch te kunnen verklaren dat bepaalde deontologische of sportregels de toets van het mededingingsrecht doorstaan. Mijn idee is dat onder deze figuren eenzelfde toetsing als onder de 'rule of reason' plaatsvindt, alleen dan meer verborgen, ondoorzichtiger en minder expliciet uitgewerkt.

Zoals hierboven reeds beschreven, komt het bij de vrijberoepsregels meestal toch aan op de noodzakelijkheidstoets. Deze is cruciaal. In plaats van de figuur van de 'rule of reason', zou men ook de term 'leer van de inherente beperkingen' kunnen gebruiken: immers, een regel die als inherent aan de uitoefening van een activiteit bestemd wordt, wordt zo noodzakelijk geacht voor die activiteit dat men niet zonder kan. De focus op de (absolute) noodzaak van een maatregel vormt vaak een reële weergave van het meest heikele punt in het toetsingsproces.

Toch gaat mijn voorkeur uit naar de 'rule of reason', omdat deze redelijkheidsregel theoretisch het best uitgewerkte toetsingsschema heeft en daarmee de meeste handvatten biedt aan de toetsende entiteit.

### Erkende en niet-erkende algemene belangen

Vervolgens bestaat nog de vraag of er bij de toepassing van excepties in het EG-mededingingsrecht een cruciaal onderscheid gemaakt moet worden naar algemene belangen die wél expliciet erkend of vastgesteld, dan wel niet expliciet erkend of vastgesteld zijn van overheidswege (dat wil zeggen: door de lidstaten zelf). Mevr. Loozen gebruikt deze tweedeling als basis voor haar model.<sup>55</sup> Mij lijkt het onderscheid een factor van belang te kunnen zijn, maar een al te fundamentele tweedeling zou ik er niet aan willen ophangen.<sup>56</sup> Zeker de eis dat lidstaten algemene belangen heel specifiek en nauwkeurig in wetgeving moeten hebben vastgesteld om private initiatieven ter behartiging van deze belangen voor een uitzondering in aanmerking

<sup>51</sup> De A-G concludeerde dat artikel 86 lid 2 EG-Verdrag wellicht ingezet kon worden als exceptie met het oog op de advocaat als ondernemer. Zie de Conclusie van A-G Léger in zaak C-309/99, Wouters, *Jur.* 2002, p. I-1577, r.o. 170-178 en verder (tot en met r.o. 201). Dit is een vreemde redenering, omdat advocaten in geen enkele lidstaat regels uitvaardigen. Deze rol komt de ondernemersvereniging (beroepsorganisatie) toe. Indien men artikel 86 lid 2 dan toch als exceptie wil gebruiken in vrijberoeps-mededingingszaken, dan kan men de bepaling beter analoog uitleggen en de ondernemersvereniging als adressaat in de bepaling inlezen.

<sup>52</sup> Het probleem van 'cherry picking' stond hierbij centraal. 'Cherry picking' is het risico dat bij afwezigheid van een systeem van bijzondere taken en exclusieve rechten, ondernemingen alleen die delen van de markt bedienen waar de gunstigste omstandigheden heersen, en de overige delen van de markt laten zitten. Men ziet dit fenomeen bij uitstek terug in netwerksectoren zoals energie en post.

<sup>53</sup> Zie bijvoorbeeld zaak C-320/91, Corbeau, *Jur.* 1993, p. I-2533, r.o. 16 en 17. Vergelijk ook J.W. van de Gronden, 'Bestaat er een coherente visie op de verhouding tussen diensten van algemeen economisch belang, de Dienstenrichtlijn en andere communautaire regelingen?', *SEW* 2007, nr. 178, p. 410.

<sup>54</sup> Voor het begrip voorzieningsstructuur verwijs ik graag naar de opmerkingen van W.T. Eijssbouts tijdens de NVER-vergadering van 16 november 2007 in Den Haag.

<sup>55</sup> Zie E.M.H. Loozen, *NTER* 2007, p. 153 en 162.

<sup>56</sup> Maatregelen kunnen al dan niet voortvloeien uit of zelfs hun basis vinden in van overheidswege vastgestelde of uitgewerkte belangen. Vraagstukken

omtrent de link tussen regelgeving en door de overheid (wettelijk) vastgestelde algemene belangen, draaien in de kern om de politieke of democratische legitimatie van nationale regelingen. Men moet erg uitkijken om dit soort institutionele kwesties als cruciale wegingsfactor te gebruiken bij de toepassing van het mededingingsrecht. Het Europese recht, in ieder geval het communautaire mededingingsrecht, past bescheidenheid op dit punt. De herkomst van de maatregel is van belang bij de kwalificatie van een organisatie als hetzij onderneming, hetzij overheidsorgaan. Dit begrippenpaar vormt de toegangspoort tot het domein van het mededingingsrecht. Maar om de waardering van een beroepsregel bij de toepassing van de excepties fundamenteel af te laten hangen van het bestaan van kaderregelgeving of een andersoortige politieke legitimatie, gaat een stap te ver. Dit zou de soevereiniteit van de lidstaten op institutioneel vlak aantasten. Een lidstaat zou bij wijze van spreken verplicht worden om zijn bestuurlijke bestel aan te passen door toedoen van het Europese mededingingsrecht, bijvoorbeeld door in bepaalde sectoren allerlei kaderregelingen in het leven te roepen waar de staat vroeger (al dan niet bewust) van afzag. Tot de institutionele vrijheid van lidstaten behoort ook de mogelijkheid om zaken minder politiek of democratisch gelegitimeerd te regelen. Het voorgaande wil niet zeggen dat kritiek op de inhoud van besluitvormingsprocedures en het ontbreken van politieke controle op bepaalde regelgevingsterreinen ongegrond zou zijn. Een fundamentele discussie over dit onderwerp hoort echter primair thuis op een ander podium. Een afweging onder de excepties van het communautaire mededingingsrecht zou zich meer moeten richten op de functionaliteit en mededingingsbeperkende aard van maatregelen.

te laten komen, is erg rigide. Het gevaar bestaat dat bijvoorbeeld een sector als de sport een beroep op excepties – teneinde bepaalde sportieve regels te sauveren van de toepassing van het mededingingsrecht – in dat geval wel kan vergeten. Het is zinvoller om de kwestie van de legitimiteit van algemene belangen te relateren aan een breder af te meten overheidserkenning, en aan de orde te stellen binnen de driedelige proportionaliteitstoets van de ‘rule of reason’.

In de driestapstoets rond proportionaliteit kan in het kader van de geschiktheid aandacht worden geschonken aan de legitimiteit van belangen (náást de toetsing van de eigenlijke geschiktheid van de voorliggende maatregel om het belang in kwestie te dienen). Maar, net zoals lidstaten in de vrijverkeersjurisprudentie, moeten ondernemersverenigingen het wel bont maken, wil het door hen aangevoerde belang niet als legitiem beschouwd worden.

Bij vrijberoepsregelgeving, bij sport, bij cultuur, bij gezondheidszorg, staan doorgaans legitieme belangen centraal, waarvan de waarde door vele lidstaten en (zelfs) de EG in hun wet- en regelgeving en beleidsstukken wordt erkend. Het gaat hierbij om de erkenning van de waarde van een belang voor de maatschappij; een nauw verband tussen een concrete regel van een ondernemersvereniging en een expliciete basis in de wet is hiervoor niet nodig. Er zijn natuurlijk grensgevallen te bedenken, waarbij de legitimiteit van een belang ter discussie staat. Deze worden echter al snel hypothetisch. Men zou hier kunnen denken aan een beroepsregel van een orde van advocaten waarin marktwerking *a priori* als strijdig met de beroepseer wordt verklaard en de considerans bij het voorschrift vermeldt dat de regel het algemene belang van non-concurrentie in het vrije beroep dient. Voor een dergelijke desavouering van het concurrentieproces heeft marktwerking inmiddels een te vooraanstaande plaats ingenomen in het economisch en sociaal leven van alle lidstaten van de EG.<sup>57</sup>

Houdt de ruime marge van het geschiktheidscriterium in dit kader in dat regels van beroepsorganisaties en andere ondernemersverenigingen klakkeloos aangenomen worden? Nee, uiteraard niet. Binnen de ‘rule of reason’ staan na de geschiktheidstoets nog het noodzakelijkheidscriterium en de evenredigheidstoets klaar als scherpslijpers. De noodzakelijkheidstoets heeft hierbij zoals gezegd de grootste onderscheidingskracht.

## Slotom

In de zoektocht naar het juiste model om de collisie tussen mededingings- en niet-mededingingsbelangen (zoals beroepsdeontologie) bij de toepassing van het mededingingsrecht op te lossen, zou allereerst gezocht moeten worden naar het meest verfijnde instrument dat in het Europese recht te vinden is om op een zo precies mogelijke wijze een afweging te kunnen maken tussen beide typen belangen. Van wezenlijk belang hierbij is dat de verschillende stappen duidelijk uitgewerkt zijn, zodat de afweging zo gericht en expliciet mogelijk plaats kan vinden. Van de Europese wetgever hoeven we op dit punt geen initiatieven te verwachten, in de vorm van een aanpassing van de bestaande mededingingsartikelen of de introductie van een nieuwe exceptie in het EG-Verdrag: de lidstaten hebben het door de jaren heen al moeilijk genoeg gehad met andere wijzigingen van de Europese Verdragen.<sup>58</sup> Het is aan de rechtspraak en de literatuur om, zo goed en zo kwaad als dat gaat, een oplossing te vinden voor de voorliggende problematiek. Naar mijn mening is de meest gerichte methode die daarbij beschikbaar is in het Europese recht de ‘rule of reason’.

De vraag of een Europeesrechtelijke ‘rule of reason’ een nuttige rol kan vervullen binnen het kartelrecht, teneinde een (zo nauwkeurig mogelijke) afweging tussen mededingings- en niet-mededingingsbelangen mogelijk te maken bij vrijberoepsregulering, dient mijns inziens bevestigend beantwoord te worden. Op deze wijze is ook sprake van een uniforme benadering van de vrijberoepsproblematiek onder het communautaire mededingingsrecht en het vrijverkeersrecht. Een dergelijke convergentie is te meer geëigend in een sector, waar beroepsorganisatie en overheid vaak innig met elkaar verstrengeld zijn bij de uitvaardiging van beroepsregels en beide EG-rechtsgebieden afwisselend toegepast worden in zaken die feitelijk zeer op elkaar lijken.

Een vaak gehoorde opmerking is dat een Europeesrechtelijke ‘rule of reason’ binnen het mededingingsrecht op een of andere wijze afbreuk zou doen aan de doelstellingen van dit rechtsgebied. Niets is echter minder waar. Een Europeesrechtelijke ‘rule of reason’ binnen het mededingingsrecht biedt slechts een instrument om belangen tegen elkaar af te wegen, en doet dat door een aantal specifieke voorwaarden neer te leggen. Aldus biedt de regel houvast. Voor degenen die het mededingingsrecht graag met volle kracht aan het werk zien vanuit de doelstellingen van efficiëntie en maximalisatie van consu-

<sup>57</sup> Er zijn nog andere grensgevallen te bedenken, waarbij niet zeker is of het belang nu daadwerkelijk erkenning heeft gekregen in de lidstaten van de EG. Men kan hierbij denken aan het ‘legal privilege’ van advocaten *in loondienst*, en de vraag hoe algemeen erkend dit beginsel is in Europa. Deze vraag is echter onderdeel van een andersoortig vraagstuk dan aan de orde in deze bijdrage, namelijk het vraagstuk van de rechten en plichten onder Europees procesrecht. Het gaat hierbij om de weging tussen de belangen van de verdaging van verdachte partijen enerzijds en de belangen van de Commissie in haar opsporing anderzijds. Zie het recente arrest in gev. zaken T-125/03 en T-253/03, Akzo Nobel en Akcros Chemicals/Commissie, n.n.g.

<sup>58</sup> De enige mededingingsgerelateerde Verdragswijziging van dit moment, betreft de verwijdering van de ‘onvervalste mededingings’-clausule (zoals opgenomen in artikel 3 lid 1 sub g van het huidige EG-Verdrag) en de ‘vrije en onvervalste mededingings’-clausule (zoals opgenomen in artikel I-3 van de niet-ingevoerde Grondwet voor Europa) uit de beginselbepalingen van de Europese Unie. Dit gebeurt in het EU Hervormingsverdrag, dat wijzigingen aanbrengt in de bestaande verdragen (het Verdrag betreffende de Europese Unie en het hertitelde Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie). In een Protocol bij het Hervormingsverdrag komt onvervalste mededinging overigens wel terug als onderdeel van de interne markt. De precieze gevolgen van deze schrapping voor de antitrust-rechtspraak moeten worden afgewacht. Zie voor een terughoudende analyse van de effecten van genoemde Verdragswijziging, met als conclusie dat deze weinig zal veranderen aan de stand van het communautaire mededingingsrecht: B.J. Drijber, ‘Het Hervormingsverdrag van de EU: stap vooruit of stap achteruit?’, *M&M* 2007-5/6, p. 131-136. Zie voor een waarschuwing voor de negatieve gevolgen van genoemde Verdragswijziging voor de ontwikkeling van het Europese mededingingsrecht, vooral op het vlak van staatsbemoeienis met het concurrentieproces: A. Riley, ‘The EU Reform Treaty and the Competition Protocol: Undermining EC Competition Law’, *European Competition Law Review* 28 (2007), issue 12, p. 703-707.

mentenwelvaart,<sup>59</sup> bieden deze criteria een uitstekende mogelijkheid om te bepleiten dat het mededingingsbelang dient te prevaleren en dat minder mededingingsbeperkende alternatieven voor de voorliggende maatregel uitstekend werken. Voor de tegenstanders van al te vergaande marktwerking biedt de regel aangrijpingspunten om juist een omgekeerde stelling te betrekken.

De 'rule of reason' zorgt er in ieder geval voor dat het mededingingsrecht niet 'rücksichtslos' alle niet-economische belangen aan de kant schuift. Ook in de verhouding tussen Europees recht en nationaal recht is dit een belangrijk gegeven voor terreinen waarop de lidstaten nog immer exclusief bevoegd zijn. Van een 'deconfiture' van het mededingingsrecht door toedoen van een 'rule of reason'-benadering is echter geenszins sprake.

---

<sup>59</sup> Een 'rule of reason'-benadering dwingt in ieder geval niet tot het hanteren van brede doelstellingen van het mededingingsrecht zelf, zoals, naast efficiency, het typisch Europese objectief van marktintegratie en de ordoliberaale marktvrijheden. Integendeel, deze benadering schept alleen maar ruimte voor een scherpe formulering (c.q. selectie) van de doelstelling(en) van het mededingingsrecht. Zie voor een beschrijving van de verschillende waarden van het EG-mededingingsrecht en de hiërarchie tussen deze waarden: O. Odudu, *The Boundaries of EC Competition Law. The Scope of Article 81*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 16-22.